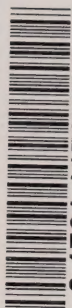


CA1

J

-79P61



3 1761 11764707 3

Discussion Paper

PROPOSALS FOR AMENDING SECTION 41 OF THE FEDERAL COURT ACT


Minister of Justice

CAI
3
-79861

Discussion Paper

PROPOSALS FOR AMENDING SECTION 41
OF THE FEDERAL COURT ACT

Minister of Justice



Digitized by the Internet Archive
in 2022 with funding from
University of Toronto

CAI
J
- 99P61

PROPOSALS FOR AMENDING SEC. 41
OF FEDERAL COURT ACT

I OBJECT

1. The purpose of this discussion paper is to propose various alternatives for amending section 41 of the *Federal Court Act* which makes provision for excluding documents from production or discovery in the course of litigation on the ground that disclosure would be contrary to state interest.

II BACKGROUND

2. At common law, otherwise relevant evidence sought to be introduced in the course of litigation was required to be excluded by the court if its reception would be contrary to the public interest. This rule of evidence has been applied on the basis of the following principles:

- (a) One such public interest is the interest of the state. The weight of that interest will vary depending on the subject-matter or class of the information in issue. That weight is greatest in the areas of diplomatic communications, military information and Cabinet minutes and decreases as one moves along the spectrum to, for example, inter-departmental correspondence, internal personnel reports and the like.
- (b) The other public interest is that of the proper administration of justice. The weight of this too will vary depending on the importance that courts place upon the particular claim before them and the consequences for the litigants.
- (c) While the Crown or some other person may request that the information in issue be excluded on this ground, it is the role of the court to balance the public interest of the state in protecting the confidentiality of such information against the public interest in the proper administration of justice on behalf of litigants. It is only if in the circumstances of that particular

case the former outweighs the latter that the court excludes the evidence in question.

- (d) The court has the power to examine *in camera* the information sought to be excluded for purposes of weighing these two public interests. Where the state interest claimed is of the highest order the court may be more heavily influenced by the Minister's affidavit filed in support of the objection to production or disclosure and may even refuse to examine the information in question.

The common law evidentiary principles represent the law applied in the Canadian provinces, Great Britain, Australia, New Zealand and the United States.

3. Section 41 of the *Federal Court Act*, which was enacted in 1971, purported to codify most aspects of this rule of evidence. Therefore, subsection (1) authorizes a court to examine the document in question and determine whether "in the circumstances of the case...the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the public interest specified in the affidavit" of the Minister. However, subsection (2) establishes four categories of documents that are considered to be of the highest importance to the state, *i.e.*, those that "would be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations, or would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada". A Ministerial affidavit claiming any one of these interests is to be conclusive and the court is prohibited either from examining the documents in question or from weighing the public interests involved.

4. Even before section 41 of the *Federal Court Act* had been enacted the House of Lords in *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910, and the Supreme Court of Canada in *Gagnon v. Quebec Securities Comm.* (1964), 50 D.L.R. (2d) 329, had made clear that in balancing the public interests a court in every case had the discretion to examine the information *in camera*. Moreover, this more liberal and flexible common law position, that placed full responsibility for the admissibility of such information on the courts rather than even in part on the executive arm of government was confirmed by subsequent decisions of the House of Lords in Great Britain, by the United States Supreme Court in the *Nixon* case, by the High Court of Australia in *Sankey v. Whitlam*

and by recent court decisions in Saskatchewan, Manitoba and New Brunswick. Consequently, the Canadian position in this matter has become increasingly out of step with developments in other common law jurisdictions and civil law jurisdictions like Quebec and Scotland that apply the same principles.

5. In the meantime, the regime established by section 41 of the *Federal Court Act* has been incorporated into legislative schemes that do not involve strictly litigious matters. Part IV of the *Canadian Human Rights Act* contains exemptions framed in the same language as the categories in subsection 41(2) and by means of sections 58(5) and 44 incorporates subsection 41(2) procedures whereby a Minister's affidavit is conclusive and the documents in question not examinable by the courts. A similar regime was incorporated into the Ombudsman Bill of 1978. In addition, section 41 has been applied to a tribunal exercising quasi-judicial functions (*Vermette v. Quebec Human Rights Tribunal*, [1978] C.A. 67, aff'g. [1977] C.S. 47) and a commission of inquiry invested with the powers of a court for the production of documents (*Keable v. A.G. Canada* (1978) 24 N.R. 1).

FACTORS AND ALTERNATIVES

6. There are two principal issues that have led to the need for seriously reconsidering the present provisions of section 41 of the *Federal Court Act*. First of all, subsection (2) in particular has been severely criticized because it permits a properly drafted Ministerial affidavit referring to any one of the categories set forth in the subsection to completely foreclose the courts from inspecting *in camera* the documents objected to and from balancing the public interests involved. As mentioned above, such a position is at odds with that of other jurisdictions and has been criticized as constituting undue executive interference in the administration of justice by the courts. Secondly, in the context of the growing interest in public access to government documents section 41 has been perceived as a means whereby the Government is able to block access to such information. This perception finds support in the reference in the green paper on Legislation on Public Access to Government Documents issued by the then Secretary of State in 1977 to subsection 41(2) as one way in which to foreclose any review of claims by Ministers to exemptions based on any of the grounds provided therein. And so, notwithstanding the fact that

section 41 of the Act and Crown privilege generally are confined to the disclosure and production of government information before the courts and for purposes of litigation only, one finds the Standing Joint Committee on Regulations and other Statutory Instruments in its report of June 28, 1979 stating:

"Your Committee finds that section 41(2) is inconsistent with the principles to be established in a Freedom of Information statute and therefore recommends that it be repealed."

7. There are three existing and proposed legal regimes for gaining access to government information.

- (1) There is the right of a litigant to obtain disclosure or discovery of information that is relevant to the case he must prove or disprove. The right to such information is for that limited purpose only and is necessary to the proper administration of justice which represents a well-recognized public interest of very longstanding.
- (2) Under Part IV of the *Canadian Human Rights Act* an individual is entitled to examine personal information on himself held by government. The public interest in the proper administration of justice is not present here, but Parliament has created a new right although it is one of a somewhat lower order of importance to both the individual himself and the public interest than the first.
- (3) The proposals for freedom-of-information contemplate gratuitous requests by individuals to governmental information without the need for establishing that it is in furtherance of the proper administration of justice or is personal information about them.

The foregoing establishes the following hierarchy of entitlement. The right of the litigant to government information is the strongest and most important of the three. In descending order of the right to such information there follow

personal information under Part IV of the *Canadian Human Rights Act* and, then, freedom-of-information. This hierarchy must be recognized in any scheme devised for excluding government information. Unless, therefore, there are to be no differences whatsoever in the exclusionary machinery established for all three regimes, care must be taken to ensure that the least exclusionary regime applies to the litigant's right and the most exclusionary regime applies to freedom-of-information.

8. The various alternatives for dealing with the exclusionary principle with respect to information the disclosure of which in the course of litigation is believed to be contrary to the interests of the state are the following. At one end of the spectrum is the present section 41 of the *Federal Court Act* with necessary modifications to ensure that it more adequately reflects the various facets of the exclusionary rule. At the other end of the spectrum would be the reintroduction of the common law by means of a complete repeal of section 41. Between these two poles are two further alternatives. One would repeal subsection 41(2) and have the exclusionary rule governed entirely by the principles and procedures contained in subsection 41(1) as modified to ensure that it more adequately reflects the various facets of the exclusionary rule. A fourth alternative would be to retain some of the categories of information contained in present subsection (2) but only for purposes of establishing a somewhat different procedure for having the claim to exclusion dealt with by the courts.

9. Of the four alternatives, only the first (discussed as alternative IV below) would seek to exclude completely the courts from reviewing the admissibility of certain categories of information. For reasons suggested above, however, retaining subsection 41(2) in its present form is probably no longer acceptable. The remaining three alternatives all which would return to the courts the ultimate decision as to whether or not to admit the disputed information, are discussed in greater detail.

10. ALTERNATIVE I: REVERT TO COMMON LAW

This alternative would repeal section 41 in its entirety with the object of leaving the

exclusionary rule to be governed by the common law (as described briefly in paragraph 2).

Advantages

(a) By removing all statutory references to this matter, the Executive and individual Ministers could not be accused, however inaccurate and invalid that accusation might be, of retaining a special statutory regime intended to withhold or suppress information and to interfere with the role and independence of the judiciary. This would be a matter of perception for the most part.

(b) The common law position is the most flexible in meeting an infinite variety of fact situations and new and unforeseen developments. Attempting any sort of codification of this exclusionary principle is likely to produce omissions or gaps in the statutory scheme. As will be seen from the discussion of Alternative II below this has been the fate of the present section 41. This flexibility has been well illustrated of late in the area of Cabinet confidences by a comparison of the *Crossman Papers* case, *Sankey v. Whitlam* and the *Burmah Oil* case.

Disadvantages

(c) The common law position is characterized by somewhat more uncertainty with respect to such matters as whether only Ministers may swear the affidavit; whether a certificate will be satisfactory; the procedure for protecting the documents of a previous Ministry of a different political party; how the exclusionary rule would, if at all, be applied to tribunals and commissions of inquiry; and protecting non-documentary and secondary evidence.

(d) There are some areas of information considered to be of highest interest to the state, viz., those set forth in subsection 41(2), "which judicial experience is not competent to weigh" at all (*Conway v. Rimmer* [1968] A.C. 910 at 952 per Lord Reid). There may be a far greater number of areas in respect of which many judges may not have the breadth of knowledge or experience to appreciate the implications for Canada as a whole of ordering disclosure. This concern increases when it is realized that the common law would allow justices of the peace, magistrates and other lower courts whose personnel may sometimes be too inexperienced or unfamiliar with the issues at stake to examine such information and to order its disclosure.

(e) If tribunals and other non-judicial bodies with the powers to compel production are

found able to apply the common law position, the disadvantages described in (d) apply *a fortiori*.

11: ALTERNATIVE II: REPEAL OF SUBSECTION 41(2)

This alternative would repeal subsection 41(2). It would also involve some changes to subsection 41(1) or whatever is to replace it. In the result the position would be that if a court, tribunal or person (such as a commission appointed under the *Inquiries Act*) with jurisdiction to require by summons the production of information in the possession or control of the federal government sought to invoke that authority and a federal minister objected to production on the ground that it would be contrary to the public interest that objection would not be conclusive in any case.

If, however, the authority seeking production is other than a superior court (as defined in the *Interpretation Act*), the ministerial objection would be conclusive in relation to it, but it would be subject to judicial review by a superior court.

This alternative would also encompass dealing with some of the deficiencies in and concerns pertaining to the existing provisions of subsection 41(1). These include the present reference to "documents" only rather than the more general "information"; to "minister", which by operation of subsection 23(2) of the *Interpretation Act* includes his Deputy, but does not allow the Secretary to the Cabinet or other persons to act in proper cases, e.g. in the case of documents of a previous ministry; and to a procedure based on "affidavit" alone as opposed to a certificate not under oath which appears to be developing into the established practice at common law.

Advantages

(a) The new provisions would be procedural only and would, in the last analysis, allow the judiciary to determine what public interest shall prevail in relation to the production of information in the possession or control of the federal government. This would enable the judiciary at the levels indicated to examine the facts and issues before it and to weigh the competing public interests in deciding whether production should be made of the information. The advantages described in paragraph (a) of Alternative 1 would apply here as well.

(b) Some flexibility would be retained in that these provisions would not be an exhaustive codification of the common law.

(c) Present defects, gaps and unknowns in the present subsection 41(1) and in the common law could be corrected. These have been briefly described in the opening paragraph of this section.

Disadvantages

(d) Some of the flexibility and capacity for dealing with unforeseen situations possessed by the common law (see paragraph (b) of Alternative 1) will be lost.

(e) The disadvantages described in the first two sentences of paragraph (d) of Alternative 1 may be present.

(f) An interlocutory appeal could seriously interrupt a trial depending on the flexibility and availability of the courts of review.

(g) The court of review may have to consider the question of disclosure without adequate factual underpinnings for a proper disposition of the matter.

(h) It may be that those particularly interested in the repeal of section 41 and the return to the common law will not be satisfied by an alternative that retains any vestige of these provisions.

12. ALTERNATIVE III: MODIFIED SECTION 41(2)

This alternative would retain a modified subsection 41(2) (as well as modifying subsection 41(1) to repair deficiencies described under Alternative II) in order to set apart categories of information with the highest claims to secrecy on the basis of protecting state interest. The admissibility of information in these categories could only be decided by provincial courts of appeal and the Federal Court of Appeal or, perhaps, only by the Supreme Court of Canada, by means of interlocutory proceedings. All other information to which objection was taken on grounds of state interest would be governed by procedures outlined in Alternative II.

Advantages

(a) The concern expressed in Alternatives I and II about the quality of the judicial and administrative personnel who could examine and make decisions on the more sensitive kinds of

State interest information would be met in greater measure if that process were exclusively in the hands of courts of appeal or the Supreme Court of Canada.

- (b) The advantages mentioned with respect to Alternative II would be applicable here to the extent that Alternative II would operate under this alternative.

Disadvantages

- (c) Retaining special categories of State interest information, albeit in different statutory language, would be to retain in all likelihood a feature considered objectionable by the opponents of the present section 41.

- (d) Defining the categories will be, and has proven to be, a difficult task.

- (e) The disadvantages mentioned in paragraph (f) and (g) of Alternative II may apply here.

- (f) In terms of the hierarchy containing the Ombudsman, Part IV of the *Canadian Human Rights Act* and the freedom of information proposal, this more restrictive alternative would limit the options available in these other areas for dealing with access to information in the special categories.

13. ALTERNATIVE IV: RETAIN SECTION 41(2)

The present section 41 would only be modified in order to correct the deficiencies described at the beginning of paragraph II above.

Advantages

- (a) Retaining subsection 41(2) would make sure that sensitive State interest information could not be ordered disclosed by the courts or even seen by them.

Disadvantages

- (b) Paragraphs (c), (d) and (f) of alternative III apply with equal or greater force here.

- (c) Attempting to retain this subsection in the face of the criticism that has been levelled against it and existing policies pertaining to access to information would be most difficult, if not impossible.

14. METHOD OF AMENDMENT

If s.41 is to be amended consideration should be given to enacting it as part of the *Canada Evidence Act*. The *Federal Court Act* is not a particularly appropriate place for the provision as the rest of the Act deals with proceedings before the Federal Court while s.41 deals with the procedure for the Government of Canada to claim Crown privilege before any court. The better place for the provision, therefore, would seem to be the *Canada Evidence Act* which deals generally with rules of evidence in criminal and civil proceedings.

15. CONSEQUENTIAL AMENDMENTS

As mentioned in paragraph five (5) above, s.44 of the *Canadian Human Rights Act* incorporates the procedure set out in s.41 of the *Federal Court Act*. A consequential change to this section would have to be made if s.41 is to be amended.

16. FINANCIAL CONSIDERATIONS

It is not expected that amending s.41 of the *Federal Court Act* will result in any significant additional costs to the government.

17. FEDERAL PROVINCIAL CONSIDERATIONS

The proposed amendments to Section 41 will have limited implications for the provinces in the light of the recent decision of the Supreme Court in Keable v. Attorney General of Canada et al. which appears to have severely restricted the rights of access of provincial commissions of inquiry etc. to federal information. However, since the proposal will set out the level of court in a province which can review a minister's certificate under the revised Section 41, the provinces will be advised of the proposed amendments once they have been approved by Cabinet.

18. INTERDEPARTMENTAL CONSIDERATIONS

The review of s.41 of the *Federal Court Act* has been conducted by the Department of Justice in consultation with the Privy Council Office. In addition, the views of the Department of External Affairs, Solicitor General and National Defence and the Federal Provincial Relations Office have been obtained.

19. CONCLUSION

It is felt that there is a need at this time to review s.41 of the *Federal Court Act*.

pour les autorités provinciales telles que les commissions d'enquête d'obtenir communication des informations détenues par le fédéral. Toutefois, comme les dispositions proposées préciseront quel tribunal d'une province pourra, en vertu de l'article 41 modifié, réviser le certificat du ministre, les provinces seront avisées des modifications projetées dès que celles-ci auront reçu l'approbation du cabinet.

18. RELATIONS INTERMINISTERIELLES

La révision de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale a été effectuée par le ministère de la Justice, de concert avec le Bureau du Conseil privé. Les ministères des Affaires extérieures, du Solliciteur général et de la Défense nationale, ainsi que le Secrétariat des relations fédérales-provinciales ont également été consultés.

19. CONCLUSION

Nous croyons qu'il y aurait lieu de réviser immédiatement l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale.

gation serait nuisible aux intérêts de l'Etat.

Inconvénients

(b) Ce qui a été dit aux alinéas c), d) et f) de la troisième solution s'applique à plus forte raison ici.

(c) Il serait difficile, sinon impossible, de tenter de conserver ce paragraphe, compte tenu des critiques dont il a fait l'objet et des politiques d'accès à l'information existantes.

14. FACON DE PROCEDER À DES MODIFICATIONS

S'il est décidé de modifier l'article 41, il faudrait songer à l'intégrer à la Loi sur la preuve au Canada. Il ne serait pas particulièrement indiqué de l'insérer dans la Loi sur la Cour fédérale, puisque le reste de cette loi porte sur les procédures devant la Cour fédérale, alors que l'article 41 traite de la procédure par laquelle le gouvernement du Canada peut invoquer le secret devant tout tribunal. Les nouvelles dispositions seraient donc plus à leur place dans la Loi sur la preuve au Canada, laquelle définit en général les règles régissant la preuve dans les procédures criminelles et civiles.

15. MODIFICATIONS CORRELATIVES

Ainsi qu'il a été dit à l'alinéa (5) ci-dessus, l'article 44 de la Loi canadienne sur les droits de la personne reprend la procédure prévue à l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale. Il faudrait donc le modifier en conséquence si l'on modifiait l'article 41.

16. IMPLICATIONS FINANCIÈRES

La modification de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale ne devrait pas entraîner de dépenses supplémentaires pour le gouvernement.

17. RELATIONS FEDÉRALES-PROVINCIALES

Les modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 41 n'affecteront que très peu les provinces, compte tenu de fait que la décision qu'à rendu la Cour suprême dans l'affaire Keable c. Le procureur général du Canada et. al. semble avoir considérablement limité le droit

par la procédure esquissée lors de l'exposé de la deuxième solution.

Avantages

(a) Les inquiétudes exprimées dans les première et deuxième solutions quant à la compétence du personnel judiciaire et administratif chargé d'examiner les secrets d'Etat les plus importants et de statuer sur l'opportunité de les divulguer seraient beaucoup moins grandes si tout le processus était entre les mains des tribunaux d'appel ou de la Cour suprême du Canada.

(b) La présente solution aurait les mêmes avantages que la deuxième solution dans la mesure où certaines mesures de cette dernière seraient reprises.

Inconvénients

(c) Même si la chose était différemment exprimée dans la loi, le fait de conserver des catégories spéciales d'informations d'intérêt national sera sans doute jugée inacceptable par ceux qui s'opposent à l'actuel article 41.

(d) L'expérience nous a appris qu'il est difficile de définir les catégories.

(e) La présente solution risque d'avoir les inconvénients mentionnés aux alinéas f) et g) de la deuxième solution.

(f) La présente solution limiterait, pour les catégories spéciales d'informations, les possibilités d'action accordées à l'ombudsman ou prévues par la partie IV de la Loi canadienne sur les droits de la personne ou les propositions sur la liberté d'accès à l'information.

13. QUATRIÈME SOLUTION: CONSERVER LES DISPOSITIONS ACTUELLES DU PARAGRAPHE 41(2)

L'on se limiterait à corriger les faiblesses de l'article 41 exposées au commencement de l'alinéa 2 ci-dessus.

Avantages

(a) La conservation du paragraphe 41(2) permettrait d'éviter que les tribunaux puissent ordonner la révélation, ou même prendre connaissance, des informations dont la divul-

complète des principes de la "common law" sur le sujet.

- (c) Les imperfections, insuffisances et incertitudes de l'actuel paragraphe 41(1) et de la "common law" que nous avons brièvement exposées au premier alinéa du présent article, seraient corrigées.

Inconvénients

- (d) Une partie de la souplesse et de la faculté d'adaptation aux situations nouvelles qu'a la "common law" (V. alinéa b) de la première solution) serait perdue.

- (e) La présente solution risque d'avoir les inconvénients mentionnés dans les deux premières phrases de l'alinéa d) de la première solution.

- (f) Un appel interlocutoire pourrait, selon la souplesse et la disponibilité des tribunaux de révision, entraîner une assez longue interruption du procès concerné.

- (g) Le tribunal de révision pourrait avoir à examiner la question de la communication des informations concernées sans une connaissance des faits qui lui permettrait de rendre une décision éclairée.

- (h) Ceux qui souhaitent l'abrogation de l'article 41 et un retour à la "common law" ne se satisferont peut-être pas d'une solution qui conserverait le moindre vestige des dispositions concernées.

12. TROISIÈME SOLUTION: MODIFIER LE PARAGRAPHE 41(2)

Cette solution consisterait à modifier le paragraphe 41(2) (en plus de modifier le paragraphe 41(1) afin de remédier aux défauts exposés à la deuxième solution) de manière à mettre à part les catégories d'informations dont l'intérêt de l'Etat exige qu'elles soient considérées comme hautement confidentielles. Pourraient seuls se prononcer sur la recevabilité des informations de ces catégories, sur procédure interlocutoire, les tribunaux d'appel provinciaux, la Cour fédérale, division d'appel, ou peut-être la Cour suprême du Canada. Pour ce qui est des autres informations dont on s'opposerait à la communication en invoquant l'intérêt national, elles seraient régies

de s'objecter, sous prétexte que cela serait contraire à l'intérêt public, à la communication d'un document que lui demande un tribunal ou une personne (ex. un commissaire nommé en vertu de la Loi sur les enquêtes) habilités à exiger par sommation la communication des informations que le gouvernement fédéral détient ou auxquelles il a librement accès, ne soit pas sans appel.

Si toutefois le requérant n'était pas une Cour supérieure (au sens que donne à cette expression la Loi d'interprétation), la décision du ministre ne pourrait être révisée que par une Cour supérieure.

Il faudrait par la même occasion remédier à certaines faiblesses de la version actuelle du paragraphe 41(1) et à certains des problèmes qu'il soulève. Par exemple: l'emploi du terme "documents" plutôt que du terme plus général d'"information", l'utilisation du terme "ministre" qui, en vertu du paragraphe 23(2) de la Loi d'interprétation, comprend le sous-ministre relevant du ministre concerné, qui ne permet pas au Secrétaire du Cabinet ou à d'autres personnes d'agir alors qu'ils le devraient (ex. dans le cas des documents d'un précédent gouvernement); le fait que la procédure repose sur un "affidavit" plutôt que sur un certificat qui ne serait pas sous serment, tel que cela tend à devenir la règle en "common law".

Avantages

(a) Les nouvelles dispositions ne porteraient que sur la procédure et, en dernier ressort, permettraient au judiciaire de déterminer quel intérêt public devrait prévaloir relativement à la communication d'informations que le gouvernement fédéral détient ou auxquelles il a librement accès. Cela permettrait aux tribunaux que nous avons mentionnées d'examiner les questions de fait et de droit que soulèvera le cas dont ils seront saisi et, après avoir évalué chacun des intérêts publics en jeu, de statuer sur l'opportunité de divulguer les informations concernées. La présente solution aurait également tous les avantages énoncés à l'alinéa a) de la première solution.

(b) Cela permettrait de conserver une certaine souplesse, puisque les dispositions nouvelles ne seraient pas une codification

des lacunes sur le plan du droit statutaire. Comme nous le verrons dans nos commentaires sur la deuxième solution, c'est le cas de l'article 41. Nous avons eu dernièrement un exemple de cette flexibilité à l'égard des documents confidentiels du cabinet en comparant les affaires Crossman Papers, Sankey c. Whitlam et Burmah Oil.

Inconvénients

(c) La solution qui fait appel à la "common law" soulève cependant certains doutes: les ministres sont-ils les seuls à pouvoir signer les affidavits? Un certificat ne suffirait-il pas? Comment protéger les documents d'un ministre précédent qui était membre d'un autre parti? Comment appliquer la règle de l'exclusion, s'il y a lieu, aux tribunaux et aux commissions d'enquête? Comment protéger les preuves secondaires ou non écrites?

(d) Il s'agit là de certains domaines de l'information que l'Etat considère très important, c'est-à-dire ceux qui sont mentionnés au paragraphe 41(2) et qui "ne peuvent être évalués de façon judiciaire" (Conway c. Rimmer, 1968 A.C. 910, à la p. 952, selon Lord Reid). Il est possible qu'il existe beaucoup d'autres domaines dans lesquels les juges ne possèdent pas la connaissance ou la compétence suffisantes pour leur permettre d'en évaluer la portée à l'échelle du Canada et pour ordonner la divulgation. L'inquiétude augmente lorsque nous songeons que la "common law" permettrait au juge de paix, au magistrat et à d'autres employés des tribunaux inférieurs d'ordonner la communication de renseignements alors qu'il ne sont pas familiers avec la question en jeu ou qu'ils manquent d'expérience pour en évaluer la portée.

(e) Si les tribunaux et autres organismes non judiciaires possédant des pouvoirs d'ordonner la production de documents sont considérés aptes à appliquer la "common law", les désavantages décrits en "d" s'appliquent à fortiori.

11. DEUXIÈME SOLUTION: ABROGER LE PARAGRAPHE 41(2)

Cette solution consisterait à abroger le paragraphe 41(2) et amender le paragraphe 41(1) de manière que la décision d'un ministre

serait possible de réintroduire la règle de la "common law" en abrogeant totalement l'article 41. Entre ces deux solutions extrêmes, il en existe deux autres. On pourrait abroger le paragraphe 41(2) et soumettre entièrement la règle de l'exclusion aux principes et aux procédures contenus au paragraphe 41(1) en le modifiant de manière à ce qu'il reflète de façon plus appropriée les diverses facettes de la règle de l'exclusion. Une quatrième solution serait de conserver certaines des catégories d'information mentionnées au paragraphe 2. actuel, mais seulement aux fins d'établir une procédure différente en ce qui a trait aux demandes d'exclusion qui sont examinées par les tribunaux.

9. Parmi ces quatre solutions, seule la première semble exclure complètement les tribunaux du processus de révision en matière d'admissibilité de certaines catégories d'information. Pour les motifs mentionnés ci-dessus, il n'apparaît plus acceptable de conserver le paragraphe 41(2) dans sa forme actuelle tel que le suggère la quatrième solution ci-après. Nous discuterons en plus amples détails des trois autres solutions en vertu desquelles est confiée aux tribunaux la décision finale en ce qui a trait à l'admissibilité de l'information.

10. PREMIÈRE SOLUTION: RETOUR À LA "COMMON LAW"

Cette solution préconise l'abrogation de l'article 41 afin de laisser le principe de la "common law" gouverner la règle de l'exclusion (comme nous l'avons mentionné brièvement au paragraphe (2).

Avantages

(a) En retirant de la loi toute référence à cette question, le pouvoir exécutif et les ministres ne pourraient être accusés à tort ou à raison de favoriser un régime juridique qui leur permet de cacher ou de conserver certains renseignements et de diminuer le rôle et l'indépendance du système judiciaire. Il s'agit là surtout d'une question d'interprétation.

(b) La solution qui fait appel à la "common law" est la plus flexible parce que l'on peut l'adapter à toutes les situations nouvelles et imprévues. Toutes codifications du principe de l'exclusion risquent de comporter

- (3) En vertu de la partie IV de la Loi canadienne sur les droits de la personne, toute personne a droit d'examiner l'information la concernant que détient le gouvernement. Il ne s'agit pas ici d'intérêt public dans la bonne administration de la justice mais plutôt d'un nouveau droit créé par le Parlement. Ce droit est toutefois d'une importance moindre pour l'individu et l'intérêt public que dans le cas du premier.
- (4) Les propositions relatives à la liberté d'information laissent entrevoir la possibilité de permettre à toute personne de demander que lui soit transmise une information gouvernementale sans qu'il soit nécessaire d'établir que cette demande est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice ou qu'il s'agit d'information personnelle.

Nous discuterons maintenant de l'ordre de priorité. Le droit que possède une partie à un litige d'obtenir une information gouvernementale est le plus important des trois. Suit ensuite, dans un ordre décroissant, le droit de l'individu d'obtenir de l'information personnelle en vertu de la partie IV de la Loi canadienne sur les droits de la personne et finalement, la liberté d'accès à l'information. Cet ordre doit être reconnu dans tout système destiné à exclure l'information gouvernementale. A moins toutefois que l'on décide de ne faire aucune différence au niveau du système d'exclusion établi pour ces trois régimes, il y a lieu de s'assurer que le régime qui tient le moins compte du droit à l'exclusion s'applique au droit de la partie en litige et que le régime qui en tient davantage compte s'applique à la liberté d'accès à l'information.

8. Les solutions qui s'offrent à nous en ce qui a trait au principe d'exclusion relatif à la communication d'information pouvant nuire à l'intérêt public dans le contexte d'un litige, sont les suivantes. D'une part, il y a l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale auquel il serait possible d'apporter certaines modifications nécessaires afin qu'il reflète de façon plus appropriée les diverses facettes de la règle de l'exclusion. D'autre part, il

s'interposer de façon indue dans l'administration de la Justice par les tribunaux. En deuxième lieu, dans le contexte de l'intérêt croissant manifesté par le public en ce qui a trait à l'accessibilité aux documents gouvernementaux, l'article 41 est perçu comme un échappatoire grâce auxquels le gouvernement peut interdire l'accès à de tels renseignements. Cette interprétation s'appuie sur le livre vert portant sur la législation relative à l'accessibilité du public aux documents gouvernementaux publiés par le Secrétariat d'Etat en 1977 et dans lequel il est fait allusion au paragraphe 41(2) comme étant un des moyens dont le gouvernement dispose pour empêcher que ne soit révisée une décision ministérielle fondée sur les exemptions qu'on y retrouve. A cet égard et nonobstant le fait que l'article 41 de cette loi et que le privilège de la Couronne ne s'applique en général qu'à la communication et à la production de documents gouvernementaux devant les tribunaux aux seules fins d'un litige, le comité mixte permanent des règlements et autres textes réglementaires déclarait dans son rapport du 28 juin 1978:

"Le comité considère que l'article 41(2) est incompatible avec les principes sur lesquels doit se fonder une loi sur la liberté d'information et recommande par conséquent son abrogation."

7. Il existe trois régimes juridiques actuels ou proposés en matière d'accessibilité à l'information gouvernementale.

- (1) Il y a le droit d'une partie d'obtenir que lui soit communiquée ou révélée l'information pertinente à l'affaire en cours. Le droit d'obtenir de tels renseignements lui est accordé pour cette seule fin et est nécessaire à la bonne administration de la justice, laquelle est reconnue depuis longtemps comme faisant partie de l'intérêt public

tribunaux plutôt qu'à l'exécutif du gouvernement la responsabilité de déterminer la question de l'admissibilité et elle a été confirmée par des décisions subséquentes de la Chambre des Lords britannique de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Nixon, par la High Court d'Australie dans l'affaire Sankey c. Whitlam et par de récentes décisions en Saskatchewan, en Manitoba et au Nouveau-Brunswick. En conséquence, la position canadienne à cet égard s'éloigne de plus en plus de celle des autres juridictions de "common law" et de droit civil tels le Québec et l'Ecosse, qui appliquent les mêmes principes.

5. Entretemps, la règle établie par l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale a été incorporée dans un contexte législatif qui ne se rapporte pas strictement à des questions litigieuses. La partie IV de la Loi canadienne sur les droits de la personne contient des exemptions formulées de la même façon que le paragraphe 41(2) et les articles 58(5) et 44 s'autorisent des dispositions du paragraphe 41(2) qui stipulent que l'affidavit du ministre est concluant et que les documents en question ne peuvent être examinés par le tribunal dans un tel cas. Des dispositions semblables ont été incluses dans la Loi sur l'ombudsman en 1978. L'article 41 a par ailleurs été appliqué dans le cas d'un tribunal exerçant des fonctions quasi-judiciaires (Vermette c. La Commission québécoise des droits de la personne, 1978 C.A. 67, confirmant 1977 C.S. 47) et d'une commission d'enquête investie d'un pouvoir judiciaire en ce qui a trait à la production de documents (Keable c. A.G. Canada (1978) 24 N.R. 1)

FACTEURS ET SOLUTIONS

6. Deux principaux facteurs ont fait apparaître le besoin d'examiner à nouveau de façon sérieuse les dispositions actuelles de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale. Le paragraphe (2) en particulier a fait l'objet de nombreuses critiques parce qu'il autorise un ministre qui souhaite empêcher un tribunal d'examiner certains documents et de se prononcer sur la nature de l'intérêt public prédominant à utiliser un affidavit dans laquelle il n'a qu'à faire allusion à une des catégories de documents qui y sont mentionnées. Comme nous l'avons déjà mentionné, cette position s'écarte de celle adoptée par d'autres juridictions et a été critiquée du fait qu'elle permet au pouvoir exécutif de

tration de la justice.

- (d) La cour peut examiner à huis-clos l'information qu'on cherche à exclure afin d'évaluer ces deux aspects de l'intérêt public. Lorsque l'intérêt invoqué par l'Etat a un poids important, la cour peut être plus fortement influencée par l'affidavit signé par le ministre en vue de faire exclure l'information en question et elle pourra même refuser d'examiner l'information en question.

Ces principes de "common law" sont appliqués dans les provinces canadiennes, en Grande-Bretagne, en Australie, en Nouvelle-Zélande et aux Etats-Unis.

3. L'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale, qui a été promulguée en 1971, avait pour objet de codifier la plupart des aspects de cette règle de preuve. Le paragraphe (1) autorise donc la cour à examiner le document en question pour déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, l'intérêt public dans la bonne administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public spécifié dans l'affidavit du ministre. Le paragraphe (2) établit par ailleurs quatre catégories de documents qui sont considérés comme étant très importants pour l'Etat, soit ceux "dont la production ou la communication serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale, ou aux relations fédérales-provinciales, ou dévoilerait une communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Un affidavit d'un ministre qui invoque l'un quelconque de ces intérêts doit être concluant et soit interdire à la cour d'examiner les documents en question ou soit lui interdire d'évaluer la nature de l'intérêt public en question.

4. Même avant la promulgation de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale, la Chambre des Lords, dans l'affaire Conway c. Rimmer (1968 A.C. 910), et la Cour suprême du Canada, dans l'affaire Gagnon c. la Commission des valeurs mobilières du Québec (1964 50 D.L.R. (2d) 329), avaient précisé qu'une cour disposait dans tous les cas du pouvoir discrétionnaire d'examiner à huis-clos l'information en question dans le but d'évaluer les incidences d'une affaire sur le plan de l'intérêt public. Cette approche plus flexible et plus libérable s'inspire de la "common law" en confiant aux

PROPOSITIONS DE MODIFICATION DE L'ARTICLE 41
DE LA LOI SUR LA COUR FEDERALE

I - OBJET

1. Le présent document de travail vise à proposer divers moyens de modifier l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale qui prévoit que lorsque l'intérêt de l'Etat est en cause, la production et la communication de certains documents ne peut être exigée.

II NOTES EXPLICATIVES

2. En "common law", toute preuve qui serait autrement admissible doit être exclue par la cour lorsque l'intérêt public l'exige. Cette règle de preuve est appliquée en vertu des principes suivants:

- (a) L'intérêt de l'Etat fait partie de l'intérêt public. Le poids de cet intérêt peut varier en fonction du genre d'information dont il est question. Il sera plus lourd dans le domaine des communications diplomatiques, des renseignements militaires ou des documents du Cabinet et sera moindre dans le cas, par exemple, de la correspondance interministérielle, des rapports internes entre fonctionnaires ou autres communications du genre.
- (b) La bonne administration de la justice s'inscrit aussi dans le cadre de l'intérêt public. Ce facteur aura un poids plus ou moins lourd selon l'importance qu'accordent les tribunaux à une réclamation particulière qui leur est soumise et selon les conséquences pour les parties en litige.
- (c) Bien que la Couronne ou toute autre personne peuvent demander que l'information en question soit exclue pour ce motif, c'est le tribunal qui doit décider si les considérations invoquées par l'Etat afin de protéger la nature confidentielle d'une telle information l'emportent sur l'intérêt public dans la bonne administration de la justice. La cour n'exclura la preuve en question que dans la mesure où l'intérêt public invoqué par l'Etat l'emporte sur l'intérêt public dans la bonne adminis-

Document no 100000

PROPOSITION POUR MODIFIER L'ARTICLE 41
DE LA LOI SUR LA BOUE FÉDÉRALE

Ministre de la Justice

Document de travail

**PROPOSITION POUR MODIFIER L'ARTICLE 41
DE LA LOI SUR LA COUR FÉDÉRALE**

Ministre de la Justice

